

早稲田社会科学総合研究 第17巻第2号（2017年3月）

障害平等法理における公権力に課す平等義務の可能性

——イギリス 2010 年平等法における公的セクター平等義務を素材にして——

杉 山 有 沙

1 はじめに

1.1 日本国憲法 14 条 1 項と障害差別

日本国憲法 14 条 1 項は、差別禁止を個人の平等権の保障として規定する。同条後段列举事由には、“障害”が規定されていない。しかし同条は、例示的なものとして解釈されるので、障害を理由とする差別も憲法 14 条 1 項に基づき禁止される。憲法 14 条 1 項の保障内容として形式的平等保障¹⁾としての差別禁止のほかに、実質的平等実現のための積極的格差是正措置（ポジティブ・アクション、以下、PA）も含まれるかどうかが問題になる。PA とは、「構造的差別によって不利益を被ってきた人種のマイノリティや女性に対して一定の範囲で特別の機会を導入すること等により、実質的平等を実現するための暫定的な措置」を指す²⁾。具体的には、クォータ制度やプラス要素方式がある。日本国憲法学説の 14 条 1 項解釈では、PA を「求める権利まで保障されているわけではなく [……]、社会経済的条件等によって特定者の権利実現が著しく制約されている場合や（将来にわたって）実質的平等を実現する要請が強い場合など、根拠や目的・手段が合理的な範囲に限って、14 条のもとで特別の措置が認められる」とされる³⁾⁴⁾。

このように日本国憲法は、形式的平等（差別禁止）を第一次的に保障する。そして、実質的平等（PA 請求）については一定の条件のもとで 14 条 1 項に基づき認められる。

1) 形式的平等と実質的平等の定義は、論者によって多義的に用いられている。両平等概念の定義づけは極めて重要な課題であるものの、本稿では議論しない。

2) 辻村 2008: 128-129.

3) 辻村 2016: 157-159.

4) PA を反従属原理の観点から再検討を加えることで、社会構造的差別の是正を要求する抽象的権利を具体化したものとして位置づけ、裁判所は、直接差別または間接差別禁止義務違反に対する救済手段として、PA を実施する憲法上の権限を有すると主張する論者として、高橋がいる [高橋 2015: 126-127]。

1.2 障害者差別解消法

(a) 障害者差別解消法と差別禁止 この日本国憲法 14 条 1 項で導き出される障害差別禁止を立法レベルで保障する法律として、2013 年に制定された障害を理由とする差別の解消の推進に関する法律（以下、差別解消法）がある。憲法 14 条 1 項は障害差別を禁止するものの、現実的に差別が起きやすい私人間に対しては間接適用になるので司法救済が困難であるし、また、差別の内容も抽象的であって、個人の行為規範たりうる程度の具体性を欠いている⁵⁾。そして、障害者問題は自由権を超えて一足飛びに社会権の問題とし、障害者を保護の客体として位置づけてきたことを踏まえると⁶⁾、障害者の平等を守るために、障害差別を法律レベルで具体的に対応しようとする差別解消法制定の意義は大きい。

しかし、このような差別解消法の構造は、憲法 14 条 1 項の観点から見て違和感が残る。同法は、「障害を理由とする差別の解消の推進に関する基本的な事項、行政機関等及び事業者における障害を理由とする差別を解消するための措置等を定めることにより、障害を理由とする差別の解消を推進し、〔……〕相互に人格と個性を尊重し合いながら共生する社会の実現に資すること」を目的とする法律で（1 条）、内閣府によって法案が提出された。言い換えると、同法が規定する基本方針や対応要領、対応指針を通じて「どのようなことが障害を理由とする差別に当たるのかについて、社会全体で認識が共有されるようにし、差別をなくすための取組を推進することによって、差別のない社会を目指す」法律なのである⁷⁾。

憲法 14 条 1 項の規定に即せば、障害差別は個人の平等権保障としてストレートに禁止されるはずである。にも拘わらず、差別解消法には、“障害差別は国家をはじめ他者による積極的措置を通じて解消されるもの”という姿勢が見え隠れする。障害差別がない社会を実現するために公権力などによる措置の必要性があることには同意するが、そうであったとしても、障害差別をストレートに禁止せず、他者による介入の先に解消されるものとして位置づけることに問題はないのだろうか。

(b) 差別解消措置規定 差別解消法は、障害差別解消に関して、特に行政の役割を——過剰なまでに——期待する法律といえるだろう。同法は、障害差別禁止について、第三章「行政機関等及び事業者における障害を理由とする差別を解消するための措置」内に、行政機関等における障害差別禁止（7 条）と事業者における障害差別禁止（8 条）を規定する。

5) 東 2012: 62.

6) 東 2012: 63.

7) 内閣府 HP『障害を理由とする差別の解消の推進に関する法律についてのよくあるご質問と回答〈国民向け〉』（http://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/law_h25-65_qa_kokumin.html）（閲覧日 2017 年 1 月 15 日）.

これに対し、差別解消措置は、同法内において随所に規定されている。例えば、国及び地方公共団体の責務（3条）から始まり、社会的障壁除去のための環境整備（5条）、基本方針の作成（6条）、国や地方公共団体等職員対応要領（9条・10条）、対応指針（11条）、報告の徴収・助言・指導・勧告（12条）、啓発活動（14条）、情報収集・整備・提供（16条）がある。

（c）行政を通じての障害差別“解消” 例えば、障害差別が生じたときの救済に関する政府の見解を見てみよう。同法には、差別行為者に対して、損害賠償請求権、契約の無効等の私法上の効果についての規定がない。これに関して政府は、「本法の私法上の効力については、民法等の一般規定に従い個々の事案に応じて判断されることになる」と説明しつつ、「主務大臣が特に必要があると認めるときは、報告の徴収、助言、指導、勧告といった措置を講ずることができることとしており、これらの権限が適切に行使されることにより、実効性が確保されるものとする」と続ける。私法上の効果に関する規定の不在の正当性に関して議論があることを前提に、ここでも政府は、障害差別は、特に行政を通じて解消されるべきものであるという姿勢に立っている。また、行政機関等の処分が問題になるときは、行政不服審査法に基づく不服申立てを行うことで救済するとしつつも、行政機関等の職員に対しては「行政機関等の内部における服務規律確保のための仕組みや行政相談等の仕組みにより、是正が図られる」と政府は説明する⁸⁾。

この政府の説明には、違和感がある。憲法14条1項から見れば、障害差別は禁止されるものである。たしかに、例えばPAのように、政治を通じて差別を解消できる場面があったとしても、憲法14条1項に基づく差別禁止とは異なる次元の話である。とした場合、行政介入を強調する政府の姿勢は、本来、憲法14条1項を根拠にストレートに主張できるはずの障害差別禁止の規範性を歪める危険性はないのだろうか。

（d）差別解消措置の内容 差別解消措置の具体的な内容として、例えば、行政機関等や事業者に対する社会的障壁の除去の実施についての必要かつ合理的な配慮に関する環境の整備の努力義務や、基本方針と対応要領の作成を通じての差別解消がある。基本方針は、政府として施策の総合的かつ一体的な推進を図るために作成されるもので、国の行政機関や独立行政法人等の職員の取り組みに資するために対応要領が設けられる⁹⁾¹⁰⁾。この対応要領には、各省庁を利用・関係する障害者への対応以外にも、職員への指導等が規定される。例えば、内閣府における対応要領によると、監督者の責務として、日常執務での指導を通じた職員への注意喚起や認識促進、合理的配慮の提供指導（4条）、違反者等への懲戒処分（5条）が書かれている¹¹⁾。

8) 内閣府障害者施策担当 2013: 25-26.

9) 内閣府障害者施策担当 2013: 21.

10) 障害を理由とする差別の解消の推進に関する基本方針（平成27年2月24日閣議決定）.

11) 内閣府本府における障害を理由とする差別の解消の推進に関する対応要領（平成27年11月2日

行政が障害差別を解消させる取り組みをすることは意義がある。しかし、差別解消法は、行政依存が高すぎることはないだろうか。言い換えれば、差別解消法は、行政が障害差別を行う可能性をどのくらい想定し、それに対して統制が適切になされる仕組みを差別解消措置に十分に組み込んでいるのだろうか。もちろん行政による差別についても、訴訟を通じて救済される。しかし、政府が指摘しているように、障害差別が存在する社会において、「弱者」である障害者が、行政に対する差別救済を申立てることは決して容易ではないであろう。

1.3 差別解消措置の分析の必要性

(a) 差別解消措置の検討の必要性 差別解消法における差別解消措置は、前述のクォータ制度を典型例にするような PA とは一線を画する。障害者雇用促進法には、1960 年からクォータ制度である障害者雇用率制度を運用している¹²⁾。これを踏まえると、差別解消法は、意識的にクォータ制度等とは異なる差別解消措置を採用したといえるだろう。

では、障害差別を解消するための手段として、差別解消措置を採用する意義とは何であろうか。そして、差別禁止保障と PA 請求に異なった法的規範性を見出すことにより、個人の差別禁止を厳格に保障しようとする日本国憲法 14 条 1 項論の観点から見たとき、差別解消法における障害差別と差別解消措置の位置づけ方は、どのように評価すべきだろうか。

差別解消法は、2013 年に制定され、2016 年に施行されたばかりであり、同法に対する議論の蓄積は十分とはいえない。そこで、本稿は、イギリスを比較対象国に据えて検討する。

(b) 比較対象法としてのイギリス 2010 年平等法 イギリス障害平等法理¹³⁾は、1995 年に障害差別禁止法 (Disability Discrimination Act. 以下、DDA) が制定されたことに端を発する。2010 年に平等法 (Equality Act) が制定された際に、DDA は廃止され、DDA が運用してきた障害平等法理は 2010 年平等法が引き継いだ。この 2010 年平等法とは、9 つの保護特徴 (protected characteristics: 障害、年齢、性別再指定、婚姻・民事パートナーシップ、妊娠・出産、人種、宗教・信条、性別、性的指向) を理由とした労働、不動産取引、教育などの包括的な場面における差別、ハラスメント、報復的取扱を禁止し、社会経済的不利の結果として生じる不平等を緩和・解消するために平等促進について規定

内閣府訓令第 39 号)。

12) 杉山 2015。

13) 平等は、差別 (または反差別) より積極的な意味を含む。例えば、本稿で議論する公的セクター平等義務のように、法的に差別禁止を超えて平等促進を積極的に保障する場合、差別禁止法理ではなく、平等法理となる [McColgan 2014: 14]。そこで本稿では、事後的に差別を禁止する法理を“差別禁止法理”とし、差別禁止だけではなく平等促進の義務づけも含めたものを“平等法理”として議論を進める。

する法律である。

イギリス障害平等法理は、差別解消法における差別解消措置と同様に、公権力の平等義務を採用しており、差別解消法を施行したばかりの日本に対して有益な示唆を期待できる。

2 イギリス障害平等法理の基本構造

2.1 イギリス障害平等法理の変遷

イギリス障害平等法理は、1995年 DDA に端を発し、現在は 2010 年平等法が担っている。このような障害平等法理の導入は、決してスムーズなものではなかった。障害平等法理は、同時期に制定・運用されていた人種関係法（Race Relations Act. 以下、RRA）や性差別禁止法（Sex Discrimination Act. 以下、SDA）に影響を受けつつ、展開された。

イギリスで一番初めに法的に差別問題を取り扱ったのは、1965 年 RRA からである。もともとイギリスでは『人は、法によって禁止されていないことは何でも自由になし得る』という「自由の原理」に関するコモン・ローが人種差別や性差別を容認してきたという認識から、差別禁止立法の制定に至らなかった¹⁴⁾。そうしたイギリス社会で、移民・人種政策が求められるようになり RRA が制定された。その後、1975 年に SDA が制定され、性差別も禁止されるようになった¹⁵⁾。障害差別は、こうした流れを受け、1979 年 1 月に、当時の与党である労働党が「障害者に対する制約に関する委員会」を設置し、障害差別禁止立法制定を目指し、構想が練られていた。しかし、同年 5 月に保守党に政権が移行することで、障害平等法理の立法化は頓挫した¹⁶⁾。

障害平等法理の立法化を目指す野党・労働党と福祉財政を縮減したい与党・保守党の間で、約 15 年間という長き渡る攻防戦が議会で繰り広げられた。しかし、後述の障害者運動の存在により、この硬直化された状態が打破され、1995 年 11 月に DDA が障害差別禁止立法として制定された¹⁷⁾。

DDA は、雇用、商品・不動産・サービスの提供、教育などの包括的な場面における障害差別を禁止する法律である。同法は、1995 年に制定されて以降、何度も改正を繰り返した。本稿で特に強調すべきは、1995 年 DDA の改正法として制定された 2005 年の Disability Discrimination Act（以下、2005 年改正法）と 2010 年平等法である。

もともと DDA は、障害差別の禁止を規定していたものの、平等促進に関する規定は存在しなかった。こうした DDA に対して、2005 年改正法は公権力（public authority）の平等義務を新たに導入させた。この改正により DDA は、事後的な差別に対応するものか

14) 小松 2000: 135.

15) 杉山 2016b: 422-423.

16) 杉山 2016a: 23-24.

17) 杉山 2016a: 23-24.

ら、差別を予防し平等を実現するために国家に積極的義務を課すものも含むようになった。

DDA を中心に障害平等法理が展開される一方で、2006 年平等法制定により、宗教・信条と性的指向に関する差別禁止が規定され、同年、雇用平等（年齢）規則¹⁸⁾により年齢差別も禁止された。このように 2010 年平等法制定以前、イギリス社会では、障害、人種、性別をはじめ多くの差別禁止・平等立法が乱立していた。そこで、公正な社会を実現する手段として、差別被害者の容易な権利救済枠組の必要性が求められ、乱立する各差別禁止・平等立法を一貫性があり、明確で、簡素なものにするために、2010 年に平等法が制定された¹⁹⁾。したがって同法の目的は、差別禁止立法の調和と平等促進を支援する法律の強化という 2 つに集約できる²⁰⁾。

2.2 障害者運動

難産の末に生まれた DDA の根底には、“主体的な個人として非障害者との対等に生きたい”という障害者たちの切望がある。言い換えると、“障害”という個人的な悲劇を抱える存在とされ、他者依存的で保護の客体と位置づけられることへの障害者たちの拒絶が、イギリス障害平等法理を形成し展開させたといえる。

障害平等法理の形成で重要な役割を担ったのは、隔離に反対する身体障害者連盟 (Union of the Physically Impaired Against Segregation. 以下、UPIAS) の活動だった。イギリスでは、第二次世界大戦期から障害者が抱える問題に対して障害者政策が展開され、1944 年障害者（雇用）法²¹⁾を始めとした法整備が図られた。しかし、当時の障害者政策は、政府が掲げたスローガンである「ゆりかごから墓場まで」に見合ったものとはいえなかった。これについて J. Campbell らは、1960 年代の障害者は、ほんの少しのサービスか、老人病棟への入院かのいずれかを選択しなければならなかったと批判した²²⁾。こうしたイギリス社会において、障害者の非障害者との同程度の権利保障とすべての形式の差別の除去を求めて運動が繰り返されていく²³⁾。

1972 年に UPIAS は、身体障害者終身収容施設において、入居者たちが自らの生活スタイルの自己決定と自己管理のために施設の運営に参加する民主的権利を求めて運動をはじめ²⁴⁾、後述の社会モデルを顕在化させた。1981 年には、UPIAS のメンバー主導で障害者

18) Employment Equality (Age) Regulations 2006.

19) GEO 2010a: 3.

20) Keter and Business & Transport Section 2009: 11.

21) Disabled Persons (Employment) Act 1944.

22) Campbell and Oliver 1996: 29.

23) Barns, Colin and Oliver, Mike [1993]: *Disability: A Sociological Phenomenon Ignored by Sociologists*, The Disability Archive UK in the center for Disability Studies, University of Leeds (<http://disability-studies.leeds.ac.uk/files/library/Barns-soc-phenomenon.pdf>) (閲覧日 2017 年 1 月 15 日), 10.

24) 田中耕 2005: 62.

団体の連合組織として英国障害者団体協議会（British Council of Disabled People. 以下、BCODP）が結成された。BCODPは、イギリス障害者政策の核心部分を変えるために障害者たちが集まり、そしてUPIASが生み出した社会モデルを引き継いだ²⁵⁾。その後、1985年に差別禁止立法のための任意団体（Voluntary Organisations for Anti-Discrimination Legislation. 以下、VOADL）が、BCODPを含む多くの障害者団体が合わさり結成され、キャンペーン活動などを繰り返すことで、1995年のDDA制定に大きく貢献した²⁶⁾。障害者運動が積極的に障害平等法理の導入を求めるようになったのは、障害者の被る社会的な抑圧から解放されるにあたって、障害平等法理の導入が重要な要素となると認識されたからである²⁷⁾。以上から明らかなように、イギリス障害平等法理の意義は、他者の介入による生活保障ではなく、主体的な個人としての平等権保障にあるといえるだろう²⁸⁾。

2.3 障害モデル

(a) 医学モデル このような障害者運動の理論的支柱は、障害モデルである社会モデルである。障害の責任の観点から、障害モデルは医学モデルと社会モデルに分けられる。医学モデルとは、障害者が抱える不利を、障害者本人の身体的・知的・精神的機能障害（以下、インペアメント）の結果として生じたものと捉えるモデルである（障害＝インペアメント）。したがって、ここでは、障害の責任は本人にあるとされ、障害者が被る不利は障害者自身の個人的な悲劇と見なされる。この悲劇から脱却するために求められるのは、インペアメントの治療または緩和となる。つまり、障害者が、社会に合うように変わることが求められるのである。この医学モデルにおいて障害者は、インペアメントのために社会的もしくは主要な生活活動を行うことができないと位置づけられ、日常生活を送るためには特別な保護と福祉が必要な存在となる。したがって、非障害者とは異なる特別な存在として排除や分離を伴う社会政策が正当化されることになる²⁹⁾³⁰⁾。

(b) 社会モデル 医学モデルに対抗する障害モデルとして社会モデルがある。社会モデルには、インペアメント考慮型社会モデルとインペアメント否定型社会モデルがある³¹⁾。イギリス障害平等法理が採用したのはインペアメント考慮型社会モデルなので、以下、インペアメント考慮型社会モデルを検討対象とする。

このモデルは、障害をインペアメントと社会から生じる障害の2つから構成されるとみ

25) Campbell and Oliver 1996: 89.

26) Berry 1996: 138.

27) Barton 1993: 244.

28) 杉山 2016a: 25-30.

29) Bamforth, Malik and O'Cinneide 2008: 975-976.

30) 杉山 2016a: 30-33.

31) インペアメント否定型社会モデルとは、障害を社会から生じる障害のみで構成すると捉えるモデルである〔杉山 2016a: 35-37〕。

なす。これに伴い、障害の責任は、本人と社会の両方にあることになる。同モデルは、UPIASによって『社会から生じる障害の基本原則』において提言された。「障害者の社会参加を邪魔し、排除することによって、障害者は、インペアメントだけでなく、さらに社会から生じる障害が課される」とし、障害者を社会において抑圧された者と位置づけた。ここでいう“社会から生じる障害”とは、社会のメインストリームへの参加から障害者を排除する現在の社会体制によって生じる活動への不利もしくは制限を指す（具体例として、法律、制度、建物の物理的特徴など）³²⁾。つまり、社会から生じる障害とは、障害者の存在を考慮しないで社会が形成されたことにより生じた不利である。

インペアメント考慮型社会モデルは、障害者が抱える不利の責任について、社会側にあると強調する。これにより、このモデルが求めるのは、社会に組み込まれた差別構造の除去であり、社会が障害者に合わすように変わることになる³³⁾。

2.4 小括

以上から明らかなように、イギリス障害平等法理は、他者依存的な客体ではなく、主体的な個人として生きるために、差別禁止を法的に要求することから始まった。ここでいう差別禁止とは、第三者の介入によって保障されるものではない。インペアメント考慮型社会モデルの理論化は、障害者が社会で不利を受ける原因として社会から生じる障害を見出すことで、非障害者と能力・条件が等しいはずだったのに、社会から生じる障害のせいで能力・条件が劣る個人とされた障害者の存在を摘発したのである。そして、偏頗的な社会構造の犠牲者である障害者の平等権保障として障害差別を法的に禁止することを促したのである。

3 2010年平等法における公権力に課す平等義務の条文構造

3.1 2010年平等法が規定する平等義務の構成

事後的に差別を救済する法律として1995年に制定されたDDAは、2005年改正法により、公権力に平等促進を義務づけることを含めた法律に変わった。2010年平等法は、2005年改正法による法構造が変更したDDAの障害平等法理を引き継いでいる。そこで、この公権力に課す平等義務とはどのようなものなのだろうか。

2010年平等法は、差別と戦うための平等促進措置として3つのメカニズムを持つ。その内2つは、特に公権力に対するものである。1つ目は、社会経済的不利の結果として生じる不平等を軽減することを企図して、公権力の権限行使において「考慮する」ことを義

32) UPIAS 1976: 14.

33) 杉山 2016a: 33-37.

務づけるものである（1条）³⁴⁾。2つ目は、DDAやRRAなど従来の法律が規定していたものである。これは、公的セクター平等義務（Public Sector Equality Duty. 以下、PSED）と呼ばれる（149～157条）。そして3つ目は、私人によるPAである（158～159条）³⁵⁾³⁶⁾。本稿は、PSEDを検討する。

3.2 条文

(a) PSEDの構成 PSEDは、一般義務³⁷⁾と特定義務の2つで構成される。一般義務の内容は2010年平等法に詳しく規定されているが、特定義務の内容は所管大臣が発行する規則で規定される。この特定義務は一般義務の実行性を促すものと位置づけられる³⁸⁾。

また、PSEDの対象となる公権力とは、所管大臣・省庁、報道、国軍、国民保険サービス、地方自治体、教育機関、警察など極めて広範である（150条・附則19）。

(b) 一般義務³⁹⁾ 2010年平等法における一般義務とは、公権力に、権限行使をする際に、（1）本法に基づいて、または本法が禁止する差別、ハラスメント、報復的取扱い、そしてその他の行為の除去、（2）障害者たちと非障害者たちの間の機会の平等促進、（3）障害者たちと非障害者たちの間の良好な関係の助成という3つの必要性を考慮しなければならないと義務づけるものである（149条1項）。

ここでいう障害者たちと非障害者たちの機会の平等を促進する必要性を考慮するとは、特に（1）障害を持つことで障害者たちが生じる不利益を除去又は最小化、（2）非障害者たちの必要性とは異なる障害者の必要性に見合った措置、（3）障害者たちの参加率が不釣り合いなほど低い公的生活又は他の活動への参加の促進の必要性を考慮することを意味する（149条3項）。また、障害者たちと非障害者たちの間の良い関係の助長の必要性に考慮するとは、特に（1）偏見と戦う必要性、（2）理解を促進する必要性を考慮することに関係する（149条5項）。

34) 2010年平等法は、どのように権限を行使するのか、について決定する際に、社会経済的不利益によって生じる結果の不平等を緩和させるような方法で、その権限の行使の望ましいあり方を検討しなければならないと規定し（1条）、公的セクターに対して社会経済的不利益から生じる不平等を緩和するような権限行使の必要性を規定している。

35) 2010年平等法は、（1）障害を有する個人が、その特徴に関係した不利益を被っていること、（2）障害を有する個人が、その特徴を有さない個人とは異なって取扱われる必要性を有すること、そして（3）障害を有する個人による活動への参加が、不釣り合いに低いこと、をある個人が想定した場合、（1）障害を有する個人が不利益を克服または最小化することを促進又は奨励するため、また（2）これらの必要性に合致するため、そして（3）障害を持つ個人がその活動に参加することを促進・奨励するために、先の個人が行動することを禁止しないと規定する（158条）。

36) Doyle, Casserley, Cheetham, Gay and Hyams 2010: 352–352.

37) 2010年平等法は、PSEDの内容として“PSED”と“特定義務”と規定しており、“一般義務”という用語が用いていない。本用語は、DDAを始め従前の法律が規定していたものである。しかし本稿では、便宜上、DDAを習ってPSEDの内容を一般義務と特定義務と言い換えて、議論する。

38) EHRC 2014b: 4.

39) 2010年平等法は、人種や性別など9つの保護特徴に対するものである。しかし、本稿では、便宜上、保護特徴を“障害”と読み替える。

(c) **特定義務** 特定義務について、所管大臣は、公権力が一般義務を適切に遂行のために、規則によって定めることができると定めている（153条）。具体的には、2011年2010年平等法（特定義務）規則⁴⁰⁾は、例えば、2010年平等法が課す義務の遵守を証明するための情報公開の義務づけ（2条1項）や先の情報公開は一般の人たちが利用できる方法でなされないといけないことなどを定めている（4条1項）。

4 公的セクター平等義務の目的

障害平等法理が他者依存的な個人像を前提にする医学モデルの克服に動機があった障害者運動の成果として形成されたことを踏まえると、本来、少なくとも障害平等法理の文脈では、他者介入による平等保障には懐疑的な姿勢があったはずである。にも拘わらず、一步踏み外せば医学モデルに転落するかもしれない危険性を冒してまで、積極的な公権力による平等義務を同法理に組み込んだ背景には何があったのだろうか。そこで、公権力に課す平等義務導入の経緯の検討を通じて、PSEDの目的を確認していこう。

4.1 障害者雇用割当制度の失敗

医学モデルが支配的だったDDA以前において、1944年障害者（雇用）法は、障害者の一般就職を促進するために、典型的なPAとしてのクォータ制度である雇用割当制度と障害者雇用にとって特に適当だとされる職種を指定する指定職種制度を採用していた。同法において障害者が、これらの制度を利用するためには、先行して障害者自身が任意登録制度を利用する必要があった⁴¹⁾。しかし、特に指定職種制度の前提には、社会的に地位が低く、そして低い給料の仕事しか障害者にはできないという暗黙だが絶対的な政府見解があった⁴²⁾。事実として、任意登録制度について、認知度の低さ、スティグマからの拒絶、障害者であることの宣言の拒否などの理由から、障害者自身が利用しなかったため十分に機能しなかった。そして結果としてDDAの制定と同時にこれらの制度は廃止された（DDA附則7）⁴³⁾。

このような障害者雇用割当制度は、医学モデルを反映する制度だった。例えば同制度における障害者像とは、障害を理由に、社会的な活動もしくは他の主要な生活活動を行えない存在として位置づけられた。したがって同制度は、非障害者とは異なる特別な保護と福祉の一環として講じられた⁴⁴⁾。

40) Equality Act 2010 (Specific Duties) Regulations 2011.

41) 詳しくは松井 1987: 282.

42) Doyle 1996: 1.

43) 詳しくは鈴木 1998: 58–65.

44) Bamforth, Malik, OCinneide 2008: 975–976.

4.2 平等義務導入の契機

医学モデルを克服対象とする障害平等法理が、たとえ平等な社会実現に資するものであったとしても、他者による積極的な介入に慎重であったのは、障害者雇用割当制度の失敗を踏まえると当然のことだったといえるだろう。しかし同法理は、Stephan Lawrence 事件を契機に、事後的な差別禁止を超えて、公権力に対して積極的に平等を促進することを義務づけるものも含めるように変わることになる。

本件は、19歳の黒人学生であった Lawrence が1993年4月22日にロンドン南東部のバス停でバスを待っていたときに、白人グループによって刺殺された事件である⁴⁵⁾。本件は、被害者が黒人だったので、警察が黒人同士によるトラブルと決めつけ初動捜査を行い、これにより目撃者がいたにも拘らず犯人の逮捕に長期間を有した。同事件により、イギリス社会における警察への不信感が高まり、また公権力内部に組織的な人種差別・偏見があることが明らかになり、大きな社会問題へと発展した⁴⁶⁾。

こうした社会の反応を受け、1999年2月に政府は、Lawrence 事件を調査し、法制度の変化に関して70もの勧告を行った調査報告書である Macpherson 報告書を公表した。同報告書において本件は、政治や国中に広がる制度的なレイシズム (institutional racism) の問題として位置づけられた⁴⁷⁾。ここでいう制度的なレイシズムとは、カラー、文化、出自を理由に人々に対して適切で専門的なサービスを集団的に受けることができないことであるとし、偏見やステレオタイプなどを通じて差別となる言動といった過程の中で見られるとした⁴⁸⁾。

この事件を契機に、2000年に RRA に人種的平等を促進させるための一般義務を公権力に課した⁴⁹⁾。ここでいう平等義務とは、公権力やその関係者に対して、違法な差別の除去、平等な機会と良好な関係を促進する必要性を考慮して、運用しないといけないというものである (RRA71条)。ここで提示された“必要性を考慮する義務”という構造は、DDA も2010年平等法も引き継ぐことになる。

以上から明らかなように、イギリス平等法理における公権力による平等義務は、日本の障害者差別解消法とは異なり、公権力への不信感から生まれた。つまり、“公権力は平等を実現してくれる存在”ではなく、“公権力こそが制度的に差別を行う危険を持つ存在”として認識され、公権力の権限行使をいかに統制するかが問題とされたのである。

45) Macpherson 1999: para. 1.1–1.12.

46) 宮崎 2015: 39.

47) Wadham, Robinson, Ruebain and Uppal 2012: 4.

48) Macpherson 1999: para. 6.34.

49) Race Relations (Amendment) Act 2000 Explanatory Note para. 27.

4.3 2005 年 DDA における平等義務

2005 年に DDA が導入した平等義務は、RRA と類似の平等義務であるが⁵⁰⁾、RRA で導入されたものよりも広範な内容だった⁵¹⁾。このとき同時に、DDA は、平等義務とは別に公権力に対する差別禁止規定も導入した (21B 条～21E 条)。

DDA は、平等義務として、公権力は (1) 同法において禁止する差別の除去の必要性、(2) 障害に関係する障害者に関するハラスメントの除去の必要性、(3) 障害者と非障害者の間における機会の平等促進の必要性、(4) たとえ、障害者を非障害者より優遇するようなものであったとしても、障害者の障害を考慮した積極的措置の必要性、(5) 障害者に向けられた積極的態度促進の必要性、(6) 公的生活における障害者による参加促進の必要性を考慮して運用すべきであると定めた (49A 条)⁵²⁾。

この規定の根底には、障害者は、非障害者と同程度の機会や選択を有しておらず、また、平等な尊重も、社会への完全な包摂もなされないことに対する問題意識がある。政府によると多くの障害者が経験する貧困や不利益、社会的排除は、インペアメントや医学的な状況で避けられないものではなく、あくまで周囲の物たちによる態度や環境的障壁が原因である。これは、社会モデルとして知られている。これらの態度などは、差別を引き起こし、障害者に不要な制限を課す。公権力は、こうした障害者たちの機会の平等を阻む壁の除去に、多くの点で貢献できるという見解を政府は示した⁵³⁾。

つまり、公権力への不信感から始まった公権力の平等義務は、政策決定などの権限行使をする際に、不利益を受ける障害者集団らに積極的に働きかけることで、機会の平等保障や平等な尊重、社会的包摂を公権力によって保障するものへと意識されるようになった⁵⁴⁾。さらに、DDA が RRA より広範な内容の平等義務を規定したのは、障害平等法理がインペアメント考慮型社会モデルを採用したことに理由がある。同モデルにより、社会から生じる障害が解決すべき課題として強く意識されることになり、これにより、公権力による偏頗的な社会構造の改革も望まれるようになったといえるだろう。

4.4 2010 年平等法制定過程での位置づけ

DDA が廃止され、代わりに 2010 年平等法が制定される際、公権力の平等義務の内容は、拡大される。A. Lester 上院議員と B. Hepple が先頭に立ち、同法制定に向けた調査会

50) Disability Discrimination Act 2005 Explanatory Note para. 55.

51) Monaghan 2013: 697.

52) 49A 条の一般義務とは別に、49D 条に基づき、特定義務として、公的機関による障害平等スキームの公表、同スキームを 3 年以内に見直すこと、同スキームに基づく措置の実施、年次報告の実施などを規則で定めていた (2005 年障害差別 (公権力) (法定義務) 規則 2 条 1～5 項)。

53) DRC 2005: para. 1.5–1.11.

54) 2010 年平等法発展の機動力として、1997 年にブレア政権が政策課題として打ち出した社会的包摂と平等法の結びつきが指摘するものとして、宮崎 2010: 121, 129–130.

を1997年総選挙直前に設立し、2000年に報告書を提出した。同報告書で、女性の在り方の変化や人種問題の変化など、時代の流れに応じて、社会的排除や差別の類型が変わってきたとし、これらの変化は、不利として重大なインパクトを与え続けると分析した⁵⁵⁾。そして、公平な参加やアクセスを促す政府の平等政策を査定するシステムの試みが少ないと指摘した⁵⁶⁾。

さらに2008年6月の『公平な未来への法枠組：平等法案』では、機会の保障が人々に適切になされるように、公平な社会を実現するための公的政策目標を設定すべきとした。これは、対象者間のギャップを埋めることに役立つとし、RRAやDDA、SDAなど別々に平等義務を行った結果、公権力はより広範に必要性を考慮する義務の性格が明らかになったと評価した。この義務は、多くの公権力におけるあり方(culture)に積極的な変更をもたらした⁵⁷⁾。

同年7月に『平等法案：報告書に対する政府見解』では、平等義務の目的は、機会の平等保障であるとした。これによると、機会の平等保障は、各個人間で生じる差異を受け入れることができるようなあり方を保障し、異なったニーズに合致し、そして、参加と包摂を強めることで、不利を解消することとされる⁵⁸⁾。

2010年平等法制定に際して平等義務は、公平な社会を実現するためものとして、その役割の射程がより拡大することになる。ここでは機会の平等保障は、現存する不利を解消し、差別や排除構造を内包する社会構造を変える役割を果たすものとして捉えられた。

4.5 2010年平等法

以上の経緯を経て導入された2010年平等法におけるPSEDの目的とは、制度的・構造的差別(institutional and structural discrimination)に関係する事態を解決することである。ここでいう制度的差別とは、特定の集団に不利益を与える行為や過程、時に形式的で、目に見えない、そして態度である。これらは、個人に対する法的介入で解決することが難しい。また、構造的差別とは、通常、特定のクラスの人たちへの社会経済的不利を定着させたもので、これは、分離や社会的排除も含む⁵⁹⁾。そこで、PSEDを通じて、平等を促進することが公権力のコアな任務の一部分になるように、公権力行使のあり方の積極的な変更が求められる⁶⁰⁾。

政府によると、このようなPSEDの根底には、障害者たちは、生活のいくつかの場面で不利益を被っていたり、二流市民として扱われたり、また、障害に関係する特別なニー

55) Hepple, Coussey and Choudhury 2000: 11.

56) Hepple, Coussey and Choudhury 2000: 18.

57) Seal 2008a: 12.

58) Seal 2008b: para. 2.25.

59) Monaghan 2013: 697.

60) Hepple 2014: 163.

ズを抱えているという問題意識がある。障害者たちが非障害者たちと同じようなチャンスを得るためには、追加的な支援や奨励が必要であるとされる。そこで 2010 年平等法は、障害者たちの不利益を克服したり、彼らのニーズに見合う適切な措置をとる権限を公権力に与えていると説明される⁶¹⁾。

4.6 小括

以上のように、公権力に課す平等義務の目的と射程は、時期ごとに異なる。一番始めに Lawrence 事件を契機に 2000 年に RRA に平等義務が導入された時点では、公権力への不信感が強調された。その後、2005 年に DDA に導入される際に、平等な機会と尊重、そして社会的排除の解消に対する、公権力の役割が重視されるようになる。そして、2010 年平等法では、Lawrence 事件を契機に RRA に導入された一般義務の条文構造を引き継ぎつつ、制度的・構造的差別の差別行為者として“社会”が一層強調されるようになった。

このように差別構造を利用して不利益を与える行為者の具体的な特定（公権力なのか、社会なのか）については、移り変わりが見られる。しかし、公権力に課す平等義務が戦うべき敵は、一貫して制度的・構造的差別である。この構造により、障害者たちが平等な機会や尊重の制限、排除、差別を受けていることを問題視し、これを解消するために、具体的な事件が発生する前に、公権力行使の際に考慮する義務として差別除去、機会の平等保障、そして非障害者との良好な関係の促進の必要性の考慮を義務づけているといえる。

さらに、公権力に課された平等義務の性格を見ると、公権力内部に働きかけるものと、公権力から社会にアプローチするものという 2 種類に分けることができるといえる。特に前者についていえば、Lawrence 事件はヘイトクライムであり、意図的な差別であったと位置づけられるかもしれない。しかし、障害平等法理の根底にはインペアメント考慮型社会モデルがある。同モデルが、障害者の存在を考慮に入れずに形成された社会構造によって生じる“社会から生じる障害”を問題視する以上、差別構造を生み出し、それを利用して行う差別行為など障害者に不利益を課す無意識的な公権力の権限行使をも、PSED は解決すべき対象と見なしているといえるだろう。

5 公的セクター平等義務の内容

5.1 内容

ここでは、特に一般義務について検討する。一般義務は、構造的差別や障害者たちが被る不利益を解消する必要性を考慮する義務を公権力に課し、全ての人たちの平等実現を加

61) GEO 2010b: 9.

速させることを意図している⁶²⁾。ここには、全ての人の平等な機会を保障するために、偏見のような人が生み出した障壁を除去することが必要であるという認識がある⁶³⁾。

義務を課せられた公権力の機関や関係者は、一般義務で掲げられた3つの目的を考慮しなくてはならない。ここでいう“考慮する”とは、権限行使や政策決定をするとき、または機関の通常の他の活動において、意識的に、一般義務で掲げられた必要性を検討しなくてはならないことを意味する（差別解消、機会の平等促進、良い関係の助成）⁶⁴⁾。どの程度の考慮が求められているかという、状況や、特に、問題となる政策決定や機能への一般義務における関係する目的に依存する。関係や潜在的なインパクトが大きければ大きいほど、義務によって求められる考慮の度合いも高くなる⁶⁵⁾。そして、一般義務は継続する義務である⁶⁶⁾。以上のように、一般義務は、必要性を考慮することを求める“考慮義務”と位置づけられる。

5.2 具体例

(a) 平等人権委員会が紹介する具体例 平等人権委員会（Equality and Human Rights Commission. 以下、EHRC）⁶⁷⁾は、公権力の機関や関係者に対して PSED 運用に際してアドバイスとガイダンスをガイドラインやホームページなどを通じて公開している。そこで、地方自治体、教育、交通機関を始めとして様々な場面における現実的に行われた取り組みをもとに、障害だけに限らずに人種や宗教、性的指向に関わる PSED の取り組みを紹介している。

(b) 政策決定過程と障害者⁶⁸⁾ 障害に関する PSED の具体例として、例えば、レスター・シティー・カウンシルの事例がある。同カウンシルは、2006 年から 2008 年にかけて行われたレスター・シティー・センターにおける数多くの改革を巡る障害者に対するインパクトを評価した。その結果、障害者たちに対して多くの悪影響が出ることが明らかになった。例えば、店舗間の歩行距離の増加や身体障害者の駐車スペースの減少などである。

そこでカウンシルは、これらの問題や将来生じるかもしれない類似の問題を解決するために、ボランティアセクター団体とともに、センターを利用する視覚障害者らにヒアリングを行い、障害者たちのためのプランを検討するインクルーシブ・デザイン審議会

62) EHRC 2014a: para. 2.10.

63) EHRC 2014a: para. 2.11.

64) EHRC 2014a: para. 2.19.

65) EHRC 2014a: para. 2.20.

66) EHRC 2013: 9.

67) EHRC は、2006 年平等法に基づいて、全ての人々の公正、尊厳、尊重を守る法律の運用を促進するために、政府外公共機関（non-departmental public body）として創設された [EHRC 2016: 12]。

68) <https://www.equalityhumanrights.com/en/advice-and-guidance/financial-benefits>（閲覧日 2017 年 1 月 15 日）。

(Inclusive Design Advisory Panel. 以下、IDAP)を設置した。そしてIDAP設置以降、例えば、駐車場の設置をはじめとして障害者たちのニーズに見合うように、すべての計画やプロジェクトがIDAPを通じて行われるようにした。

本件では、カウンシルが、街の中心であるレスター・シティー・センターにおける改革が障害者たちに不利な影響を与えることを調査し判明したので、この事態を改善するために、IDAPを設置したケースである。ここから明らかなように、一般義務を通じた政策として、障害者のニーズに応えようとしている。

(c) 障害学生に対するアクセシビリティの確保⁶⁹⁾ 他にも通信制大学(open university)によるPSEDの事例もある。通信制大学は、幅広いインペアメントを持つ学生が利用できる教育・学習を設けることに関する多くの実績がある。通信制大学は、ほかのイギリスの高等教育機関よりも障害学生を受け入れている。また、遠距離学習方法を持つ通信制大学は、複雑なニーズや多層的なインペアメントを持つ学生に対して適していることを示されている。しかし、2011年に報告された平等モニタリング情報は、障害学生が非障害学生と比較して3倍もの不満を有していること、全体的な学習に対してあまり満足していないことを報告した。これを解決するために、通信制大学は一般義務の遵守のために障害学生の満足度を向上させることに取り組んだ。

まず通信制大学は、学生の不満の性質などを理解するための調査を行った。その結果、大学によるサービスや合理的配慮義務が講義期間開始後に事後的に行われるものなので、学生にとって不明確であり、サービスが遅れたりすることが明らかになった。そこで大学は、講義前のカリキュラム作成段階で、障害学生のニーズを検討することにした。また、より学生のアクセシビリティを確保するために、学生主導でプロジェクトが進められた。

本件においても、通信制大学による調査の結果、明らかになった問題に対して、この問題を解消するために措置を講じている。また、この問題を顕在化させるにあたり、非障害者との比較を行っている。

(d) 小括 双方の事例から明らかなように、実際に行われる一般義務は、義務保有者が現実の問題の調査を行い、その結果、非障害者との関係で顕在化した障害者たちのニーズに対して、そのニーズの解消のために措置を講じるものと位置づけられる。

5.3 公的セクター平等義務の対象としての社会福祉給付

(a) PSED 対象としての社会福祉の違和感 前述の通り、一般義務の対象者は、極めて広範である。このような一般義務の範囲について、特に注目すべきは、社会福祉給付である。筆者は、一貫して、医学モデルの対抗モデルである社会モデル(特に、インペ

69) <https://www.equalityhumanrights.com/en/advice-and-guidance/education-case-studies> (閲覧日 2017年1月15日)。

メント考慮型社会モデル)を採用することで、障害平等法理が形成・発展したと主張してきた。良いか悪いかは別にして、個人のインペアメントに障害の責任を見出す医学モデルは、障害者を他者依存的で保護の客体にする代わりに、国家による社会福祉給付を正当化させる。重度障害を有する者が、社会モデルに基づいて主体的な個人として平等を主張し、社会福祉を拒絶したとしても、「人間らしく」生きることは現実的ではない。つまり、障害モデルが想定する個人像とは、医学モデル＝他者依存的で保護の客体、社会モデル＝主体的で非障害者と対等な個人、であり、だからこそ、医学モデルから福祉法理を、社会モデルから平等法理を要求できるはずである。

にも拘わらず、インペアメント考慮型社会モデルを採用した2010年平等法における一般義務は、社会福祉給付をも対象にする。社会モデルの対象としての社会福祉給付が意味することは何であろうか。

(b) **Bracking v Secretary of State for Work and Pensions** 事件 これに関係する判決として、2013年のBracking v Secretary of State for Work and Pensions 事件控訴院判決⁷⁰⁾がある。申立人らは全員障害者で、自立支援基金 (Independent Living Fund. 以下、ILF) から援助を受けていた。2012年12月に労働年金省大臣は、審議の末にこの基金を2015年3月に終了することを決めた。申立人らは、一般義務違反として、司法審査を求めた。

本件で問題となったILFとは、労働年金省によって設立された独立裁量信託 (Independent discretionary trust) を運用する政府外公共機関である。ILFは、1988年に創設され、1993年に再編された。ILFは、地方自治体とともに、障害者が施設ではなく、可能な限り地域で独立して生きていけるように支援するために、サービス給付や金銭給付を行う。これの重要な目的は、社会的排除と戦うことである⁷¹⁾。

控訴院は、2010年平等法が、公権力に対して、一般義務の免除と、かりに免除される場合に、それを証明するために利用できる証拠を確保することについて、重い責任を課しているとした。そしてまた、一般義務の履行の際には“意識的なアプローチ”が必要で、厳格に偏見なしで平等義務を公権力は履行しないといけないとし、平等問題の詳細に焦点を当てた計画的な試みを証明しないで、政策決定者が、何か決定を行うことは困難であると続けた。本件について控訴院は、ILF廃止に関するPSED免除の十分な証拠がないと判断し、申立を認めた⁷²⁾⁷³⁾。

(c) 小括 障害モデルの観点から見たとき、ILFが映し出す“地域で生活するために

70) 2013年11月6日控訴院判決 = [2013] EWCA Civ 1345, [2014] EqLR 60.

71) Ibid. para. 5.

72) Ibid. para. 60-67.

73) しかし、結局、ILFについて政府は、2014年3月6日に再度廃止を宣言し、2015年6月30日に廃止した。ILFの事業は所管のカウンシルが引き継ぐ。(https://www.gov.uk/government/organisations/independent-living-fund/about) (閲覧日2017年1月15日)。

給付が必要な障害者”とは、非障害者とは異なる保護が必要な存在といえよう（医学モデル）。しかし、2010年平等法が採用したのはインペアメント考慮型社会モデルであり、同時に同法が規定する一般義務の前提もインペアメント考慮型社会モデルであるはずである。これが意味することは、何であろうか。

本稿が議論してきた通り、一般義務とは、制度的・構造的差別を問題視し、差別是正、機会の平等保障、良好な関係の促進の必要性を考慮する義務である。これを踏まえると、社会福祉給付とは、単にニーズを抱える障害者への保護としての積極的措置ではないということになるであろう。つまり、制度的・構造的差別によって非障害者との間に不平等が存在し、不利益を被っている障害者に対して、これを緩和・解消するために講じる措置ということになる。ここでいう不利益とは、2010年平等法が採用したインペアメント考慮型社会モデルにおける社会から生じる障害と、大部分が重なる。

ただし、一般義務は、あくまで必要性を考慮する義務であり、成果を求めるものではないことを忘れてはいけない。つまり、どこまでの射程の社会福祉給付がインペアメント考慮型社会モデルの対象となるのか、また一般義務を通じて立法不作為の請求ができるのか、は明らかではない。本稿では、社会福祉給付は、医学モデルではなく、主体的な個人像を前提にするインペアメント考慮型社会モデルの対象として、制度的・構造的差別に障害者が被る不利の責任を見出し、社会側の責任として講じる措置の性格もあるという指摘に留める。

ここまで義務保有者が行う一般義務の内容を確認してきた。では、もし一般義務が適切に履行されなかった場合、どのような救済がなされるのだろうか。

6 公的セクター平等義務の実効性の保障

6.1 PSEDの実効性確保方法

(a) 平等人権委員会 PSEDの実効性確保方法として、EHRCによるものがある。2006年平等法に基づいて、同機関には、PSEDを含んで2010年平等法が規定する権利の理解を促進させたり、アセスメントをする義務がある。アセスメントをした結果、一般平等義務違反であると判断したら、遵守通告（compliance notice）をEHRCは発することができる。これが発せられたら、義務保有者はPSEDの履行を求められ、また28日以内にEHRCに義務履行のための書面による資料を提供しないといけない。もし、義務保有者が遵守通告に沿わない場合、EHRCは、高等法院に申立てることができる⁷⁴⁾。

(b) 司法救済 PSEDは、公権力に課す平等義務である。したがって、第一義的に、

74) EHRC 2014a: para. 7.1–7.6.

この義務が課された機関や関係者によって、この義務が履行されることが望まれる。しかし、問題となる機関や関係者の取り組みや処分が不服である場合、高等法院で司法審査を求めることができる。ただし、特定義務に関しては、EHRCによる遵守通告のみで、司法審査を求めることはできない⁷⁵⁾。この時、義務を課された機関や関係者が、PSEDを適切に履行していたかどうかは、義務の知識、適時性、現実的な考慮、十分な情報、非委任委任、レビュー、そして考慮の証拠などの観点から判断される⁷⁶⁾。そして、不履行であったと判断された場合には、義務的決定 (mandatory order)、禁止命令、破棄命令、宣言、損害賠償が裁判所によって命じられる⁷⁷⁾。

6.2 PSED 違反救済の判断枠組

(a) R. (Brown) v. Secretary of State for Work and Pensions and others 事件

一般義務の判断枠組を示した判決として、2008年のR. (Brown) v. Secretary of State for Work and Pensions 事件高等法院判決⁷⁸⁾がある。申立人は、退職年金受給者で旦那と暮らしていた。彼女は障害者であり、長時間立っていたり、歩くことはできない。彼女と旦那は車を持っておらず、公共交通機関を利用していた。様々な理由で彼らはよく郵便局を利用していた。2006年から2007年にかけて、政府は、今後の郵便局のネットワークについて調査し、問題の郵便局は閉鎖すると宣言した。これに対して申立人はDDA49A条の一般義務違反を始めとする公権力の平等義務として申立てた。

本件では、条文上の“考慮して”の意味が問題になった。高等法院は、一般義務とは成果を実現する義務ではなく、目標を達成する必要性があることを考慮する義務を指すとして、公権力が公権力として権限行使をする際に、適切であることを考慮する必要があるとした⁷⁹⁾。

このとき高等法院は、DDA49A条1項の一般義務を履行しているというための6つの条件を提示した。第1に、障害者に影響を与えるであろう決定をする公権力の機関や関係者は、目的を考慮する義務があることを認識していないといけな。第2に、一般義務は、障害者に影響を与えるであろう特定の政策の検討時または実行の際になされる。第3に、一般義務は、厳格に、偏見なしに履行されなければならないと、問題となる公権力の権限行使に組み入れられないといけな。第4に、一般義務は委譲できない義務である。第5に、一般義務は継続的な義務である。そして第6に、問題となる公権力が一般義務を

75) EHRC 2014a: para. 7.8–7.9.

76) EHRC 2014a: para. 5.2.

77) <https://www.equalityhumanrights.com/en/advice-and-guidance/judicial-review> (閲覧日 2017 年 1 月 15 日).

78) 2008 年 12 月 18 日高等法院判決 = [2008] EWHC 315 (Admin) 8, [2008] All ER (D) 208 (Dec).

79) Ibid. para. 81–82.

考慮したことを証明する記録を保存することが望ましいとした⁸⁰⁾⁸¹⁾。

このように公権力に課した一般義務の射程とは、成果の保障ではなく、あくまで目標達成の必要性を考慮することに留まる。このような考慮義務である一般義務に対して、司法として統制できるのは、公権力が権限行使の際に、一般義務の目的を考慮したかどうかに留まる。したがって、一般義務は、実体より手続きを重視したものだとしばしば評価される⁸²⁾。

(b) PSED の法的拘束力 このような一般義務における“考慮して”という規定について、M. Bell は成果より手続きを重視しすぎていると批判し⁸³⁾、T. Lois は命令ではあるものの、あくまで差別と戦うように“考慮する”ことの必要性を規定しているに過ぎないとし、実効性について疑問であると評価する⁸⁴⁾。

また、S. Fredman も、“考慮して”という文言は、政策決定過程に熟議をもたらす作用があったとしても、実効性について疑義を唱える。彼女は、一般義務について、平等問題は政策決定過程で主流化すると位置づけると同時に、“考慮して”規定は、意図的に政策決定者の裁量の余地を残すとし、結果まで求めるものではないと説明する⁸⁵⁾。“考慮して”という概念は、裁判所が、政策決定者が障害者へのインパクトを合理的に考慮してそのような決定をしたことを証明して、政策決定者が審議した報告を提供することを強調する場合には、熟議的な政策決定を促進させる可能性を有するとしつつも、判例検討をした結果、一般義務に対する司法審査は一貫したものとはいえず、平等を主流化させる場合に要求される問題となる構造を変更させることを可能にするようなものではないと評価する⁸⁶⁾。

たしかに少しでも多くの差別被害者を減らすために、公権力による平等義務は必要であるといえる。しかし、公権力への平等義務の射程が広がれば広がるほど、個人への介入の余地が増えることになる。前述したように、公権力への平等義務には、公権力内部に働きかけるものと、公権力を通じて社会に実現するものに分かれる。障害平等法理における PSED は、障害者割当制度の失敗や Lawrence 事件の悲劇の上に成り立つものである以上、公権力が意図的に差別構造を利用しなかったとしても、過剰に期待することは危険であるといえるのではないだろうか。

また、いくら PSED を講じても、差別被害者となる障害者自体が個別具体的で多様な存在なので、事前に差別を完全になくすことは不可能であるし、また過剰包摂になる危険

80) Ibid. para. 90–96.

81) McColgan 2015: 459, 宮崎 2015: 41.

82) 宮崎 2015: 41.

83) Bell 2011: 227–228.

84) Lois 2014: 164.

85) Fredman 2012: 272–273.

86) Fredman 2012: 281.

性がある。2010年平等法は、障害差別として直接差別（13条）、結合差別（14条）、起因差別（15条）、間接差別（19条）、合理的配慮義務の不履行（21条）を違法と規定する。もともとイギリス障害平等法理は、主体的な個人として障害者が生きていけるように、差別禁止を厳格に保障すべきものと位置づけ、発展してきたことを踏まえると、差別禁止について個別救済を第一次的な課題とし、障害者集団共通の利害関係を有することを前提にする PSED を必要性の考慮義務と位置づける 2010 年平等法の枠組みは適切であるといえるだろう⁸⁷⁾。

7 障害平等法理における公権力の平等義務の意義

本稿は、2010年平等法を素材に、イギリス障害平等法理における公権力の平等義務について検討してきた。その結果、公権力の平等義務は制度的・構造的差別を問題視するものであり、そして同義務には2つの性格があることが明らかになった。1つは公権力内部に働きかけるものであり、もう1つは公権力によって社会に働きかけるものである。つまり、障害者の平等実現のために公権力の貢献が重要である。しかしその一方で、公権力が制度的・構造的差別を利用して障害者に不利益を課す危険性もあるので、実効性確保手段として EHRC の取り組みと裁判所による司法審査を位置づけつつ、内部統制を図るメカニズムが平等義務にはあるといえる。たしかに、2010年平等法には公権力から受けた差別に対して事後的に救済する方法も条文上存在するが、制度的・構造的差別は、特定の集団に不利益を与えたり、特定のクラスの人たちへの社会経済的不利を定着させるような性質であることを踏まえると、司法審査による救済の可能性を含みつつ、公権力内部に働きかけをする平等義務の意義は大きい。

このような平等義務の性格は、法的拘束力にも影響を与える。同義務は、公権力に一般義務に基づく措置を講じる“必要性”を考慮することを求める考慮義務である。そして、考慮義務の条文構造は、Lawrence 事件を契機に導入された RRA と同じである。このことを踏まえると、公権力の平等義務を通じた障害者の社会に存在する制度的・構造的差別の解消の重要性と公権力への不信感の緊張関係の間で、妥協点が、“必要性の考慮”の義務づけだったといえるだろう。むろん、この構造の法的妥当性については、前述の通り、過剰包摂の回避と差別禁止規定の存在の観点から、適切なものといえる。

87) PSED の一般義務が求めているのは、障害者の障害を考慮することではなく、障害者の障害を考慮した措置をとる必要性を考慮することである（2010年10月12日 *Pierreti v. London Borough of Enfield* 事件控訴院判決 = [2010] EWCA Civ 1104; [2011] 2 All ER 642, [2010] EqLR 312. para. 32）。

8 日本への応用可能性

日本の障害者差別解消法も、特に行政による差別解消が強調されているが、どの程度、行政による制度的・構造的差別を意識しているのかは明らかではない。しかし、障害差別として問題となるのが“社会から生じる障害”である以上、Lawrence 事件のような公権力への不信を明らかに生み出す事件が発生しなくても、公権力による社会構造を利用した無意識的な差別に警戒する必要があるが日本にもある。

また、障害平等法理が医学モデルを克服するものである以上、障害差別を第三者による解消を経て保障されるものとする姿勢は、他者依存的で保護の対象と障害者像を彷彿させるものである。極めて危険であることに自覚的になる必要がある。本稿は、公権力による措置を通じた障害者の平等実現の必要性を決して否定するものではない。公権力による差別解消措置は、意義の大きい取り組みであるのは言うまでもない。ただし、主体的な個人としての障害者の非障害者との平等を保障するためには、少なくとも差別解消法の文脈では、障害差別禁止は、憲法 14 条 1 項に基づく個人の主体的な権利として第一に保障されるものであるという基本姿勢を崩すべきではない。そして、ともすれば医学モデルに戻ってしまう危険性を意識しつつ、公権力は、差別解消措置を講じ、公権力内部と社会における障害者への制度的・構造的差別を PA として解消するように尽力すべきである。

付記

本研究は、平成 28 年度科学研究助成事業（科学研究費補助金）基盤研究（B）（一般）（課題番号 16H03545）の成果の一部である。

引用文献

- Bamforth, Nicholas, Malik, Maleiha and O'Cinneide, Colm [2009]: *Discrimination Law: Theory and Context 1st edition*, Sweet & Maxwell.
- Barton, Len [1993]: The Struggle for Citizenship: the case of disabled people, *Disability, Handicap & Society*, vol. 8, issue 3.
- Bell, Mark [2011]: British Developments in Non-Discrimination Law: the Equality Act, in Schulze, Renner, *Non-Discrimination in European Private Law*, Mohr Siebeck.
- Berry, Roger [1996]: A Case Study in Parliamentary Influence: The Civil Rights (Disabled Persons) Bill, *The Journal of Legislative Studies*, vol. 2, issue 3.
- Campbell, Jane · Oliver, Micheal [1996]: *Disability Politics*, Routledge.
- Disability Rights Commission (DRC) [2005]: *The Duty to Promote Disability Equality Statutory Code of Practice England and Wales*, Disability Rights Commission.
- Doyle, Brian [1996]: Disabled Worker's Rights, the Disability Discrimination Act and the UN Standard Rules, *Industrial Law Journal* vol. 25 No. 1 pp. 1.
- Doyle, Brian, Casserley, Catherine, Cheetham Simon, Gay, Vivian and Hyams, Oliver [2010]: *Equality and Discrimination The New Law*, Jordans.
- Equality and Human Rights Commission (EHRC) [2013]: *Buying better outcomes: Mainstreaming equality*

- considerations in procurement: A guide for public authorities in England*, Equality and Human Rights Commission.
- [2014a]: *Equality Act 2010: Technical Guidance on the Public Sector Equality Duty: England*, Equality and Human Rights Commission.
- [2014b]: *The Essential Guide to the Public Sector Equality Duty: England (and Non-Devolved Public Authorities in Scotland and Wales)*, Equality and Human Rights Commission.
- [2016]: Equality and Human Rights Commission Annual Report and Accounts 1 April 2015–31 March 2016, Equality and Human Rights Commission.
- Freeman, Sandra [2012]: Braking the Mold: Equality as a Proactive Duty, *The American Journal of Comparative Law* vol. 60.
- Government Equalities Office (GEO) [2010a]: *Equality Act 2010: What do I need to Know? Disability Quick Start Guide*, Government Equalities.
- [2010b]: *Equality Act 2010: What do I need to Know? A Summary Guide For Public Sector Organisations*, Government Equalities.
- Hepple, Bob, Coussey, Mary and Choudhury, Tufyal [2000]: *Equality: A New Framework*, Hart Publishing.
- Hepple, Bob [2014]: *Equality: The Legal Framework 2nd edition*, Hart Publishing.
- Keter, Vincent · Business & Transport Section [2009]: *Equality Bill: Bill 85 of 2008-2009: Research Paper 09/42*, House of Commons Library.
- Lois, Thwaites [2014]: British Equality Framework is Incapable of Achiving Equality in the Workforce, *North East Law Review* 2.
- Sir William Macpherson of Cluny [1999]: *The Stephan Lawrence Inquiry*, the Secretary of State for the Home Department by Command of Her Majesty, Cm 4262-I.
- McColgan, Aileen [2014]: *Discrimination, Equality and the Law*, Hart Publishing.
- [2015]: Litigating the Public Sector Equality Duty: The Story So Far, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 35, no. 3.
- Monaghan, Karon [2013]: *Monaghan On Equality Law*, Oxford University Press.
- Seal, Privy [2008a]: *Framework for a Faire Future- The Equality Bill* (GEO).
- [2008b]: *The Equality Bill: Government response to the Consultation* (GEO).
- Union of The Physically Impaired Against Segregation (UPIAS) [1976]: *Fundamental Principles of Disability* (UPIAS).
- Wadham, John · Robinson, Anthony · Ruebain, David · Uppal, Susie [2012]: *Blackstone's Guide to The Equality Act 2010 2nd edition*, Oxford University Press.
- 小松浩 [2000]: 「平等権と差別からの自由」元山健・倉持孝司編『新版現代憲法：日本とイギリス』（敬文堂）。
- 杉山有沙 [2015]: 「障害者に対する応募・採用時における合理的配慮義務の憲法的意味」ジェンダー法研究 2 号 138 頁。
- [2016a]: 『障害差別禁止の法理』（成文堂）。
- [2016b]: 「差別禁止・平等法理の変動と現代化」元山健・松井幸夫・倉持孝司編『憲法の「現代化」』（敬文堂）。
- 鈴木隆 [1998]: 「イギリス 1995 年障害者差別禁止法の成立と障害者雇用（2・完）」島大法学 第 41 巻第 1 号 49 号。
- 高橋正明 [2015]: 「憲法上の平等原則の解釈について（二）」法学論叢 178 巻 2 号。
- 田中耕一郎 [2005]: 「障害者運動と価値形成—日英の比較から」（現代書館）。
- 辻村みよ子 [2008]: 『ジェンダーと人権』（日本評論社）。
- [2016]: 『憲法 5 版』（日本評論社）。
- 内閣府障害者施策担当 [2013]: 『障害を理由とする差別の解消の推進に関する法律 Q&A 集』（内閣府障害者施策担当）。

- 東俊裕 [2011]:「障害に基づく差別の禁止」長瀬修・東俊裕・川島聡編『増補改訂障害者の権利条約と日本』(生活書院)。
- 松井亮輔 [1987]:「障害者福祉サービス」社会保障研究所編『イギリスの社会保障』(東京大学出版会)。
- 宮崎由佳 [2010]:「イギリス平等法制の到達と課題」日本労働法会誌 116 号。
- [2015]:「2010 年平等法と平等義務」労働法律旬法 1844 号。